



Documentos de coyuntura del Área de Política (IDH-UNGS)

IDH | Instituto del Desarrollo Humano - Área Política

Documento

24

**El fallo de la Corte Suprema de Justicia
sobre el DNU de emergencia sanitaria.
Una lectura “minimalista” de su decisión**

Laura Saldivia Menajovsky

Documentos de coyuntura del Área de Política (IDH-UNGS)

Documento
24

**El fallo de la Corte Suprema de Justicia
sobre el DNU de emergencia sanitaria.
Una lectura “minimalista” de su decisión**

Laura Saldivia Menajovsky

El fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre el DNU de emergencia sanitaria. Una lectura “minimalista” de su decisión	3
El caso y algunas críticas.....	4
Algo de teoría. Un enfoque minimalista.....	5

Documentos de coyuntura del Área de Política (IDH-UNGS)

Documento

24

El fallo de la Corte Suprema de Justicia sobre el DNU de emergencia sanitaria. Una lectura “minimalista” de su decisión

*Laura Saldivia Menajovsky**

Independientemente de las distintas posturas que se pueda tomar sobre la resolución del caso, lo cierto es que a pocos constitucionalistas nos sorprendió la decisión central del fallo: que la Ciudad de Buenos Aires debe ser considerada igual que una provincia respecto del grado de autonomía. Si leemos los artículos 5 y 129 de la Constitución Nacional y sentencias anteriores de la Corte donde discutió el alcance de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, era bastante cantado que la Corte continuaría con esa misma interpretación de la Constitución y su reforma del año 1994. Tampoco sorprendió que los tres votos de la Corte destacaran que la emergencia sanitaria que plantea la pandemia no implica una autorización para que los poderes políticos decidan al margen de la Constitución.

La mayor incógnita respecto del análisis que realizaría la Corte era con relación a cuánto más iba a decidir. ¿Se iba a quedar sólo con un análisis formalista de la autonomía de la Ciudad o también iba a discutir acerca del conflicto que la pandemia genera entre las medidas del gobierno nacional en materia sanitaria y el derecho a la educación, o la limitación de cualquier otro derecho? ¿Daría parámetros para guiar la política pública en pandemia? También había expectativa de que dijera algo sobre la validéz del dictado de decretos de necesidad de urgencia en una pandemia que lleva ya más de un año y con el Congreso funcionando.

Entre los raudes comentaristas a la decisión de la Corte, algunos consideraron que los jueces se quedaron cortos en su decisión, que deberían haber profundizado el análisis sobre los derechos en juego.¹ Otros, consideraron muy importante el fallo en particular respecto del resaltado sobre los límites constitucionales que enfrenta el Poder Ejecutivo para decidir durante la emergencia.² Otros, por el contrario vieron en la decisión judicial a un árbitro que resolvió de modo antidemocrático,³ o, en una mirada más extrema, que acestó un golpe a las instituciones democráticas.⁴ Otros, agradecemos que se circunscribiera a cuestiones

* En este escrito realizo un esfuerzo de lectura desde un punto de vista externo al de las intenciones de la propia Corte, como profesora de derecho constitucional. No debe leerse como si la Corte de forma explícita haya tomado el camino que aquí se propone. Si hay una crítica para hacerle a esta Corte es justamente que no reflexiona sobre el significado de la Constitución ni acerca del alcance del rol que le cabe como guardián de la Constitución. Quienes intentamos dar cuenta de sus decisiones vamos a tientas sobre sus intenciones y proyectos. Les jueces parecieran estar más preocupados por situarse autointeresadamente en un escenario político en lugar de dar parámetros que contribuyan a dotar de significados duraderos a la Constitución.

¹ Mariela Puga en post en Facebook del 4/5/2021 y su presentación en <https://www.youtube.com/watch?v=29HK3QJgLYo>

² Roberto Gargarella, “La Corte, guardián de la Constitución” en <https://bit.ly/3uQJKVf>

³ Mauro Benente en post en Facebook del 4/5/2021.

⁴ Graciana Peñafort en <https://www.perfil.com/noticias/politica/graciana-penafort-sobre-fallo-corte-suprema-es-sin-dudas-un-golpe.phtml>

procesales de las reglas de juego de la democracia constitucional y dijera poco en materia de protección de derechos, dejándole espacio a los poderes políticos para decidir sobre esto.

El caso y algunas críticas

El 16 de abril el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires interpuso una acción declarativa de inconstitucionalidad con el objeto de cuestionar el art. 2 del decreto de necesidad y urgencia (DNU) 241/2021 del Poder Ejecutivo Nacional que estableció la suspensión del dictado de clases presenciales y de las actividades educativas no escolares presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades, desde el 19 hasta el 30 de abril de 2021 en el ámbito del aglomerado urbano denominado “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)” definido en el art. 3 del decreto 125/2021.

El 4 de mayo, luego de semanas de incertidumbre, la Corte emitió su opinión. La decisión se resolvió por unanimidad: dos jueces, Rosatti y Maqueda, elaboraron un mismo voto, Rosenkrantz el suyo propio y lo mismo hizo Lorenzetti.⁵ Todos coincidieron en defender el federalismo destacando que el estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires es asimilable al del resto de las provincias argentinas.⁶ Todos también recordaron que, incluso en situación de emergencia sanitaria, la Constitución establece límites al hacer del gobierno.⁷

Cabe resaltar que el gobierno de la ciudad no cuestionó ninguna de las otras medidas adoptadas en el decreto, por ello el análisis del máximo tribunal se circunscribió al artículo 2 relativo a la presencialidad de las escuelas sin invalidar otras competencias en materia sanitaria del Ejecutivo. El análisis del artículo cuestionado trató sólo sobre la competencia del gobierno nacional para dictarlo, por eso analizó el grado de autonomía que le asigna la Constitución a la Ciudad de Buenos Aires, pero nada dice sobre si la no presencialidad dispuesta violaba el derecho a la educación. La decisión de los jueces supremos no toma partido a favor o en contra de la modalidad, presencial o no, que debe tener la educación en pandemia.

En cambio, la Corte sí le exige al Poder Ejecutivo que fundamente mejor su DNU (algo que mejoró en el DNU 281/21 que le siguió y en el proyecto de ley que presentó al Congreso, donde se establece un esquema de riesgo epidemiológico). La Corte sostiene que el Estado nacional debería haber explicado cuál era el impacto de la presencialidad en la circulación interjurisdiccional de personas. Dice que sea cual sea la modalidad que escoja el poder político, ella debe estar fundamentada en datos duros, cosa que no se observa en el DNU cuestionado. Los jueces Maqueda, Rosatti y Rosenkrantz de forma explícita aclaran que el punto de su decisión no es definir cuál es la política sanitaria que corresponde adoptar frente a la pandemia. En cambio, se trata de aplicar la distribución de competencia que la Constitución establece entre Nación y provincias a los efectos de determinar quién tiene la atribución de adoptar dicha política sanitaria.

Esto es criticado por Mariela Puga⁸ y por Mauro Benente⁹, quienes creen que el análisis del Máximo Tribunal no se circunscribió a ser un árbitro de la democracia dedicándose sólo a discutir las distribuciones de competencias formales federales, sino que avanzó en el fondo de lo planteado. Benente es crítico de este avance del análisis de proporcionalidad de los derechos en juego, cree que la Corte debería haber dejado este aspecto a la política. Zaffaroni toma una postura similar y dice que la Corte debería haber sido deferente con el poder político y debería haberse excusado de tratar el planteo del gobierno de la ciudad, es decir, la Corte debería haber recurrido a la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.¹⁰

⁵ La jueza Elena Highton de Nolasco rechazó la admisibilidad del caso ya que consideró que CABA no es equiparable a las provincias como para otorgarle la jurisdicción originaria ante la Corte. No resolvió sobre el fondo de la cuestión.

⁶ Damián Azrak alerta sobre un punto no tratado por la Corte: la interpretación de la discrecionalidad local sobre los modos de promover y asegurar la educación de sus habitantes podría acarrear una idea preocupante, esta es, que la autonomía local se convierta un “cheque en blanco”. El federalismo implica que las provincias tengan autonomía para actuar y legislar, pero justamente el desafío consiste en determinar dónde ese margen discrecional finaliza, dónde la autonomía provincial encuentra límites. Ver “El Federalismo no es un cheque en blanco”, disponible en <https://www.infobae.com/opinion/2021/05/08/el-federalismo-no-es-un-cheque-en-blanco/>

⁷ Roberto Gargarella destaca como positivo este aspecto de la decisión referido a los límites constitucionales que enfrenta el Poder Ejecutivo para decidir durante la emergencia “La Corte, guardián de la Constitución”, en <https://bit.ly/3uIR6tX>

⁸ Mariela Puga en post en facebook del 4/5/2021 y su presentación en <https://www.youtube.com/watch?v=29HK3QJgLYo>

⁹ Mauro Benente en post en facebook del 4/5/2021.

¹⁰ Raúl Zaffaroni en <https://www.tvpublica.com.ar/post/zaffaroni-el-fallo-de-la-corte-es-penoso>

Puga, por su parte, cuestiona la farsa de la fundamentación de la Corte, es decir, que diga que no discutirá el conflicto en términos de justificación de derechos pero que sea eso justamente lo que hace. Para ella el juicio del Máximo Tribunal es de corte epistémico y evaluativo, aunque diga que esto no es lo que hace. Ve un ocultamiento del fundamento realmente utilizado para decidir sobre el caso. Sostiene que no se puede decidir sobre quién tiene competencia para decidir, sin evaluar lo que se decide y considera que la Corte debería haber sido más explícita a la hora de decidir las medidas adecuadas para derechos tan vitales como la salud y la educación. Se pregunta si no hay suficiente peligro para los derechos fundamentales como para habilitar ese análisis. Le hubiera gustado que los jueces dijeran “algo” acerca de cuál es el máximo grado de satisfacción del derecho a la educación frente a la emergencia sanitaria y no sólo sobre quién puede decidir.

La Corte adelanta que en casos posteriores similares (tal el caso del DNU que reemplazó al cuestionado o de una ley que sancione el Congreso) resolverá igual. Sobre esto tomo las palabras de Natalia Volosín quien afirma que “habrá que ver qué tipo de ley termina consiguiendo el Poder Ejecutivo y con qué argumentos se debería bajar un poco el precio al fallo (a todos los fallos) en lugar de pensarlo, según de qué lado de la grieta nos paremos, como una victoria o una derrota épica”.¹¹ Agrego que esta exhortación a futuro de la Corte es innecesaria y parece un grito desesperado para construir una autoridad que lamentablemente le viene siendo esquiva (desde que dos de sus miembros aceptaran ser jueces en comisión, violando la Constitución nacional y desde la triste y descolocada decisión en Muiña del 2x1, entre otros temas).

Otra crítica que puede formularse a los votos de la Corte es su incapacidad de unificar sus votos en uno sólo cuando no hubo diferencias sustanciales entre las distintas opiniones. Esto hubiera robustecido de autoridad a la decisión y hubiera contribuido a zanjar hacia afuera las vergonzosas discusiones internas que tomaron estado público en años precedentes. Además, una decisión que estaba en la mira de todos, no sólo de juristas, y que creaba gran expectativa social, debería haber sido escrita en un lenguaje más llano, más accesible y en una extensión menor a las noventa páginas actuales.

Hubo quienes consideraron que la decisión de la Corte significa un golpe institucional (Peñafort).¹² Es difícil comprender qué idea de democracia y del significado de la Constitución informa esta dura apreciación. En una democracia constitucional todo el tiempo conviven interpretaciones contrapuestas de la Constitución que se desafían permanentemente. Esta continua discusión que se expresa en acuerdos y desacuerdos de lo más variados es el corazón mismo de la democracia constitucional. No es la primera vez que la Corte contradice políticas del Ejecutivo o del Congreso y las declara inconstitucionales. De hecho, en eso consiste su función. Y el fallo que acá se analiza es uno más en esa continua zaga de intercambios, más o menos amigables, con los poderes políticos.

Algo de teoría. Un enfoque minimalista.

No es novedad la preocupación acerca de que el máximo tribunal termine gobernando o afectando la autoridad del poder político. La instauración del control judicial de constitucionalidad, que suele concebir a los jueces como intérpretes finales de la Constitución, ha generado desde antaño grandes discusiones respecto del alcance de tal control frente al poder del Ejecutivo y del Legislativo, cuya legitimidad está anclada en la elección popular de sus representantes.¹³ Sabido es que el texto de la Constitución debe ser interpretado en busca de sus significados y que dicha interpretación en definitiva queda a merced de los intereses de cada uno de los actores involucrados en la tarea interpretativa.

Esta mirada entiende que cada poder del Estado tiene la misma autoridad y responsabilidad para interpretar la Constitución en el ejercicio de sus funciones. Es por ello que las interpretaciones de la Corte pueden ser persuasivas o adecuadas, pero no deben entenderse como si expresaran una verdad última sobre el tema en discusión. La lectura constitucional de la Corte no representa de forma exclusiva y obligatoria la Constitución misma, ni está por encima de los entendimientos constitucionales de otros poderes estatales

¹¹ Natalia Volosín, “Ni golpe de Estado ni salvación de la República”, en <https://bit.ly/33LTZOF>

¹² Graciana Peñafort en <https://www.perfil.com/noticias/politica/graciana-penafort-sobre-fallo-corte-suprema-es-sin-dudas-un-golpe.phtml>

¹³ Véase Laura Saldívia Menajovsky, Documento N° 3 de Coyuntura del Área Política (IDH-UNGS), “La Construcción de Legitimidad de la Corte Suprema de Justicia en Argentina”, 2014.

o actores sociales de la democracia. Por ello es un error continuar repidiendo sin espíritu crítico la idea de que los jueces son intérpretes finales del texto magno, o que cuando dicen algo que se opone a la política del gobierno, hacen “golpes”. Por el contrario, en la discusión democrática nadie tiene la última palabra, sino que es un proceso continuo de discusión entre los distintos actores democráticos. En este sentido, el caso que aquí se analiza es una instancia más de un amplio proceso de configuración de significado de la Constitución compuesto por múltiples interacciones públicas y de comprensión, apropiación creativa, reapropiación y transformación de ideas y significados a través del razonamiento, la respuesta, la revisión y el rechazo. Estos procesos son complejos y esencialmente culturales donde se inserta lo jurídico. A este tipo de procesos Seyla Benhabib los llama “iteraciones democráticas”.¹⁴

Por lo expuesto, no debería extrañar ni alterar a nadie que el decreto posterior al 241/21 también sea cuestionado ante la Corte y que ella resuelva lo mismo o revea su postura al estar mejor fundamentado. Quizá lo mismo suceda con la ley que pronto aprobará el Congreso, que también podría ser impugnada por alguna parte disconforme que lee la Constitución de forma distinta a aquella del poder político. Aquí la Corte podrá una vez más insistir con su opinión, o modificarla, dado que ya no es más un DNU con su propia regulación y condiciones, sino una ley que establece una delegación legislativa que tiene condiciones de validez diferentes. Tampoco debe sorprender el comunicado que emitió el gobierno nacional a través de la Secretaría de Comunicación y Prensa cuestionando la decisión judicial (aunque no se entiende por qué esta declaración pública copia la forma judicial de los considerandos de los fallos). Todas estas intervenciones son instancias de discusión democrática donde participan, de diversas maneras y en diversos momentos, actores políticos, judiciales y de la sociedad.

En gran parte, la conservación de cierto equilibrio entre los poderes del Estado depende de que la Corte Suprema realice su trabajo de forma mesurada, reconociendo que sus decisiones impactan en la demarcación de los contornos de la democracia constitucional. Esto es lo que Bickel llama el “correcto ejercicio de prudencia política” como la estrategia necesaria a fin de que las decisiones judiciales se alcen con la aceptación popular.¹⁵ Asimismo, tal equilibrio interpoderes requiere que los poderes políticos no caigan en un mayoritarismo despótico sino que acepten que el Poder Judicial es otro actor importante en el proceso de interpretar los límites impuestos por el poder constituyente con el objeto de proteger a las minorías. Los límites de la democracia constitucional sólo pueden provenir de allí.

En este punto es interesante traer a la discusión la idea de “virtudes pasivas”¹⁶ de la Corte Suprema esbozada por Bickel, quien alude al valor que tienen las decisiones judiciales limitadas y poco ambiciosas, y que dejan un amplio campo de acción para la política. Por su parte, siguiendo esta idea, Cass Sunstein propone un “minimalismo judicial”, esto es, la práctica de los jueces de decidir a partir de argumentos estrechos sin interferir en el espacio que le corresponde a la política, a través del debate público, de dar respuesta ante los conflictos constitucionales que generan más división en la sociedad.¹⁷ Este enfoque minimalista parte de entender a las constituciones como instrumentos pragmáticos, no como guiones sobre una sociedad justa. La modestia de una Constitución bajo el lente minimalista no zanja las controversias sociales fundamentales; no es un proyecto acabado, un estado o etapa final, sino una “actividad”. Sólo debe contener reglas básicas, tanto en lo orgánico como desde la perspectiva del catálogo de derechos.

En este contexto de pandemia y extrema polarización política, es conveniente realizar una lectura minimalista de la decisión de la Corte. Al restringir su análisis al alcance del federalismo, es decir, a una cuestión de distribución de competencias entre poderes y no centrarse en un análisis del alcance de los derechos en juego, la Corte sigue este camino. Dejó a la política la decisión de los problemas políticos estableciendo algunos límites que tal discusión no debe sobrepasar: por un lado, que la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires es igual a la de las provincias y, por otro lado, que la Constitución incluso en situaciones de emergencia

¹⁴ Benhabib, Seyla, *El Derecho de los Otros*, (Barcelona: Editorial Gedisa, 2005). Esta autora recurre a la idea de política jurigenerativa de Robert Cover la cual “hace referencia a actos iterativos a través de los cuales un pueblo democrático que se considera sujeto a ciertas normas y principios rectores se reapropia y reinterpreta los mismos, mostrándose así no solo como el sujeto sino también el autor de las leyes” (p. 131).

¹⁵ Bickel, Alexander (1986): *The least dangerous branch: The Supreme Court at the bar of politics* (2ª edición, New Haven, Yale University Press).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Sunstein, Cass R. (2001): *Designing Democracy: What Constitutions do* (Oxford, Oxford University Press).

establece límites a los poderes políticos. Esta lectura nos aleja de interpretaciones de supuestos golpes (con la gravedad que tal afirmación implica en la historia de nuestro país) y restaura el núcleo central donde debe ubicarse la interpretación constitucional: en todos los poderes del Estado y en el pueblo, en el foro público, discutiendo, apropiándose y modificando el significado de la Constitución.

La pandemia puso en evidencia la incapacidad de los distintos poderes del Estado para concertar políticas. La mezquindad político partidaria está a la orden del día mientras la población se encuentra cautiva de esta situación. Algo positivo es que el Poder Ejecutivo, después de casi un año y medio de pandemia, finalmente se dio cuenta de que ya no están más dadas las condiciones para que los DNUs sean la única forma de regular la emergencia sanitaria. Decidió reconocer que hay un Congreso funcionando y una Corte que le recuerda los límites que establece la Constitución incluso en situaciones de emergencia como es una pandemia. El pasado 10 de mayo envió al Congreso un proyecto de ley marco de treinta y cuatro artículos que establece medidas sanitarias generales de prevención. Se estipulan distintos parámetros para definir la situación de “Bajo Riesgo”, “Mediano Riesgo” o “Alto Riesgo” Epidemiológico y Sanitario, o “Alarma Epidemiológica” de los aglomerados urbanos de más de 40 mil habitantes. También se establece la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo Nacional en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional,¹⁸ para ejercer facultades referidas a: 1) Adopción de medidas razonables, temporarias y oportunas para proteger la vida y la salud pública en relación con la pandemia por COVID-19; 2) Creación de condiciones para el acceso a la atención y asistencia médica adecuada de las personas afectadas de COVID-19. Ello por el plazo de vigencia que dure la emergencia pública sanitaria. También contiene reglas de conducta generales para la población y fomenta la modalidad del teletrabajo. Asimismo, el proyecto establece que en las distintas situaciones epidemiológicas los mandatarios locales dispondrán de las medidas focalizadas en su competencia, pero con un plazo máximo de vigencia de 21 días, para luego evaluar la situación epidemiológica, y si lo requiere, prorrogar su continuidad.

Lo acotado de la decisión de la Corte permite que continúe el debate democrático con relación a cuáles son las medidas en política sanitaria más adecuadas en contexto de pandemia, contexto de mucha movilidad y cambio de información (de contagiados, de fallecidos, de vacunas), e innovación constante de estrategias sobre cómo afrontarla (si encerrados o al aire libre, si con presencialidad escolar o no, si desinfectar o no zapatos, ropa, productos del supermercado, mascotas, etc.). Ahora es el turno del Congreso, que por más que está en funcionamiento desde mayo 2020, brilló por su ausencia en la toma de decisiones sobre una pandemia que ya tiene más de un año entre nosotros y promete quedarse por un tiempo más.

¹⁸ Artículo 76: Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.